

# 文書提出命令再考

——文書提出命令の総合的考察への第一歩として——

西 口 元

- 一 はじめに
- 二 守秘義務と文書提出命令
- 三 提出文書の証拠調べ
- 四 結 語

## 一 は じ め に

最近、公害訴訟などの大型集団訴訟の増加に伴い、原告である住民らから被告である国や企業等に対して、文書の提出命令を申し立てる例が急増している。これに応じて、判例、学説も、文書提出命令について積極的な取り組みをみせている。しかし、従来の判例、学説は、民訴法三一二条の解釈を通じて文書提出義務を拡大しようとする傾向にあ

ったといえるのであって、文書提出義務の拡大の結果、自己の秘密を侵害される危険性の高まる文書の所持者などへの配慮はどうなるのか、などについて文書提出命令を総合的に考察したものは少なかった。一部に文書提出命令のトータルな検討の必要性を指摘する者もいるが、<sup>(1)</sup>このいうトータルな検討は、いまだ十分なされているとはいえない。

本稿は、判例を中心に文書提出命令の総合的考察への第一歩を踏み出そうとするものであるが、筆者の仕事の繁忙と能力不足から、単なる問題提起に終わってしまったところが多い。解明不十分な点は、今後の筆者の研究課題にしたい。

- (1) 佐藤彰一「特殊判例研究」民商法雑誌八四卷一号一一六頁。文書提出命令をめぐる従来の議論は、提出義務の範囲拡大の是非に集中していたように思われる。こうした一面的な議論に対して反省の材料を提供したのは、竹下守夫「模索的証明と文書提出命令違反の効果」吉川追悼論集・手続法の理論と実践下巻一六三頁以下である。竹下教授は、文書提出命令違反の効果として、一定の場合には証明主題自体を真実とみなすことができるとして、違反の効果の面から文書提出命令をみなおそうとされたのである。文書提出命令に関する判例の動向については、住吉博「判例研究」民商法雑誌七四卷五号一〇一頁以下、小林秀之「文書提出命令をめぐる最近の判例の動向」(三)四「判例評論二六五号六頁以下・二六六号九頁以下・二六七号二頁以下・二六八号二頁以下をそれぞれ参照。文書提出命令を扱った最近の文献として、竹下守夫「野村秀敏」民事訴訟における文書提出命令(一)(二)「判例評論二〇四号二頁以下・二〇六号二頁以下、時岡泰「文書提出命令の範囲」民事訴訟法の争点二二三二頁以下、野村秀敏「文書提出命令」新・実務民事訴訟講座二一六九頁以下、本間義信「文書提出義務」吉川追悼論集・手続法の理論と実践下巻一九一頁以下、佐藤彰一「文書提出命令」講座民事訴訟5二七一頁以下、秋山壽延「行政訴訟における文書提出命令」新・実務民事訴訟講座9二八三頁以下、渡部吉隆「園部逸夫編・行政事件訴訟法体系三七五頁以下（時岡泰担当）」がある。

## 二 守秘義務と文書提出命令

### 1 問題点の所在

前述したように、判例、学説は、真実発見・証拠の偏在の是正という目的を達成するために、民訴法三一二条を拡張解釈して文書提出義務を広く認めようとする傾向にある。文書提出義務を広く認めると、文書の所持者等の秘密を侵害する危険性が高まるが、それに対しては、判例、学説は、民訴法二七二条、二八一条等の証人尋問の守秘義務規定を類推適用して、一定の場合には文書の所持者は文書提出義務を負わないとするのが多数である。<sup>(1)</sup>

しかし、制限的義務と一般に解されている文書提出義務について、一般的義務である証人義務に関する規定を類推適用するには、それ相当の理由が必要であると思われるが、従来の判例、学説は、後述のとおり、公法上の義務という点で両義務が同一の性格を有するという以外、これといった理由を示すことなく、類推適用という結論を導いているのである。仮に守秘義務に関する証人尋問の規定を文書提出義務について類推適用し得るとしても、どの規定を、どの範囲で類推適用するのか、ほとんど明らかにされていない。ここでは、守秘義務に関する証人尋問の規定の類推適用の問題を中心に検討したいと思う。

### 2 判例の状況

まず初めに、守秘義務と文書提出義務との関係についての判例の状況を概観してみよう。

#### (一) 守秘義務と文書提出義務との関係

(1) 文書提出義務の性格

①東京地裁昭和四三年九月二日決定・判例時報五三〇号一二頁

本件はいわゆる第二次家永訴訟である。原告が調査官の作成した調査意見書等の提出命令を申し立てたところ、被告（文部大臣）は、調査意見書等について文書提出命令が発せられた場合、調査官等の意見が公表されることになり、検定申請者等から不当な圧力が加わり、検定の公正が保たれないなどの理由から、民訴法二七二条の類推適用によって文書提出義務を負わない旨の反対意見を述べた。これに対し、裁判所は次のとおり決定した。

「民事訴訟法三一二条三号後段の規定による文書提出義務は、……限定的ではあるが、裁判所の審理に協力すべき公法上の義務であり、基本的には、証人義務と同一の性格のものと解されるから、その公表が法律の規定によって禁止されている文書（所得税法二四三条、独禁法三九条等）、もしくはそれを公表することが国家あるいは公共の利益を害する性質を有する事項を記載した文書（民事訴訟法二七二条にいう「職務上の秘密」につき、大判昭和一〇、九、四参照）についてはその提出義務を免れうると解するのが相当である」

この決定は、民訴法二七二条等の類推適用を明言していないが、文書提出義務が証人義務と同一の性格を有する公法上の義務であることを理由に、証人義務の免除と同様に一定の場合に文書提出義務を免れることを認めたものである。

この東京地裁の決定がリーディングケースとなって、これ以降の文書提出命令に関する判例は同旨のものが多く、例えば、②浦和地裁昭和四七年一月二七日決定・判例時報六五五号一一頁、③名古屋地裁昭和五一年一月三〇日決

定・判例時報八二二号四四頁、④東京高裁昭和五二年七月一日決定・判例タイムズ三六〇号一五二頁がある。

文書提出義務が証人義務と同じく裁判所の審理に協力すべき公法上の義務であるという点については、判例は、ほぼ一致していると思われる。

## (2) 守秘義務と文書提出義務との関係

文書所持者が当該文書につき守秘義務を負う場合には、文書提出義務を負わないことがあるという点では、判例は、ほぼ一致するものの、その理由づけについては、差異があるように思われる。裁判所が差異を十分意識して裁判したのかどうか不明であるが、強いて判例を分類すれば、以下の四類型に大別できよう。

### ア 守秘義務に関する証人尋問の規定を類推適用するもの（類推適用型）

民訴法二七二条等の守秘義務に関する規定を類推適用して、守秘義務と文書提出義務との調整をはかろうとするものである。この類型に入る判例は、以下の二つに分かれる。

(ア) いったん民訴法三一二条所定の文書提出義務があると認めた上で、その後、民訴法二七二条等の守秘義務規定の類推適用によって文書提出義務を免除するもの（要件並列型）

この類型に入る判例は、まず、文書所持者に民訴法三一二条所定の文書提出義務があることを認めた上で、その後、民訴法二七二条等の守秘義務に関する規定の類推適用によって、いったん認められた文書提出義務を免除するという思考過程を経るものである。文書提出義務の判断に際して、民訴法三一二条のはかに民訴法二七二条等の守秘義務に関する規定という要件を付加するところに特色があるので、便宜的に「要件並列型」と呼ぶこととしよう。この

要件並列型として、前掲③の判例を挙げることができるであろう。

③名古屋地裁昭和五一年一月三〇日決定・判例時報八二二号四四頁<sup>(2)</sup>

課税処分取消請求事件において、被告が原告の所得金額算定に当たり用いた推計方法の合理性を立証するために申告者の住所、氏名を隠べいた同業者の確定申告書等の写しを証拠として提出したところ、原告は、右文書が民訴法三一二条一号の引用文書に当たるとして、右隠べい部分を開示した原本の提出を求めた。これに対し、被告は、民訴法二七二条等の類推適用によって文書提出義務はないと反論した。裁判所は次のとおり決定した。

「取調べのために提出された文書の内容の一部分が隠べいされているときは、同法三一二条一号該当の文書として、相手方はその隠べい部分の開示を求めることができるものと解すべきである。しかしながら、民事訴訟法三一二条の文書提出義務は、裁判所の審理に協力すべき公法上の義務であり、基本的には証人義務、証言義務と同一の性格のものと解されるから、文書所持者にも同法二七二条、二八一条一項一号等の規定が類推適用されると解すべきである。従って、文書所持者に守秘義務のあるときは、右文書の提出義務を免れうるというべきである。」

(イ) 民訴法三一二条所定の文書提出義務の存否を判断する際の要素として民訴法二七二条等の守秘義務規定をとらえるもの（要件単一型）

この類型に入る判例は、民訴法三一二条各号所定の文書提出義務の存否を判断する際、民訴法二七二条等の守秘義務規定がその判断要素となっていると構成するものである。守秘義務規定が民訴法三一二条とは別個の要件とされていない点で、前記要件並列型とは異なる。換言すれば、「要件単一型」の判例は、文書所持者の秘密保持の利益に対

する配慮はすでに民訴法三一二条においてなされているという前提の下に、守秘義務規定の趣旨を民訴法三一二条の解釈の中に含ませてしまうものである。この類型に入る判例として、前掲④の判例がある。

④東京高裁昭和五二年七月一日決定・判例タイムズ三六〇号一五二頁

原告は、税務署において過重な加算機専担業務を課せられた結果、頸腕症候群等の傷害を被ったなどとして、被告（国）に対し、損害賠償を請求したが、その発生原因の一つとして、人事院の違法不当な審査手続によって精神的損害を被ったことをあげるとともに、その事実を立証するため、民訴法三一二条三号前段、後段を根拠として、人事院の補助機関である災害補償審査委員会が作成した調査の提出命令を申し立てた。原審は、右調査が民訴法三一二条三号後段の文書であるとして文書提出命令の申立てを認容した。これに対し、被告は、守秘義務があるなどとして抗告した。抗告裁判所は次のとおり決定した。

「民事訴訟法第三一二条による文書提出義務は、裁判所の審理に協力すべき点において、基本的には証人義務と同一の性格を有するものであるから、文書の記載内容が国家の秘密、公共の利益あるいは職務上の秘密にわたる場合には、同法第二七二条ないし第二七四条及び第二八一条の類推適用により、文書提出の義務はないものといわなければならない。しかるところ、本件調査書中には、前記委員会が相手方（原告―筆者注）の上司及び同僚らから、相手方の従事した業務……等につき調査した供述書や、相手方を診療した医師らから、診療経過、医学的所見等につき証言を求めこれを記載した供述書が含まれ、これら供述書中には、相手方の上司及び同僚の公表を望まない個人的知見、相手方を診療した医師の職務上の秘密にわたる事項が含まれていることは当然予想され、……しかるに本件調査書が法廷に

提出されることになる」とすれば、本件調書に含まれる右供述書も当然公表され、その結果民事訴訟法第二七二条以下の規定の趣旨が没却されることになる。……以上を総合すると、本件調書は民事訴訟法第三一二条三号後段の文書に該当せず、文書提出命令の対象とならないものと解するのが相当である。」

イ 秘密保護の必要性和文書提出の必要性和比較衡量するもの（比較衡量型）

民訴法二七二条等の守秘義務規定の類推適用によらないで、秘密保護の必要性和文書提出の必要性和比較衡量することによって、守秘義務と文書提出義務との調整をはかろうとするものである。この立場の判例も、前と同様に、民訴法三一二条とは別個に比較衡量を行うという点で要件の並列を認めるものと、民訴法三一二条の解釈の一要素として比較衡量を行うものとに分かれる。

(ア) いったん民訴法三一二条所定の文書に該当することを認めた上で、その後、比較衡量によって文書提出義務を免除するもの（要件並列型）

この類型に入る判例は、まず、民訴法三一二条所定の文書性について判断し、それが存在すると認められる場合、秘密保護の必要性和文書提出の必要性和を比較衡量し、前者が後者に優るとの結論に達すれば、文書提出義務を免除するという思考過程を経るものである。この類型に入る判例として、疑問が残るが、次の決定を挙げることができよう。

⑤大阪高裁昭和五六年四月六日決定・判例時報一〇一五号四二頁

本件は、警察官から暴行され傷害を受けたとして、大阪府に対し国家賠償を求めた訴訟において、原告が拘留所長



の所持する原告の診療願、診療録等の提出命令を申し立てたところ、原決定がこれを認めたので、拘留所長がそれに対し抗告したものである。本決定は、結論的には、申立てに係る文書は専ら拘留所長の自己使用のために作成された文書であるとして文書提出義務を認めなかったが、いわば傍論として次のとおり述べる。

「民事訴訟法三一二条三号所定の文書に該当するものであっても、その提出によって侵害される所持者の秘密、公共の利益を保護すべき必要性和当該文書提出の必要性を比較衡量し、前者が後者に優るときはその提出を求めえないと解するのが相当である」

(イ) 民訴法三一二条所定の文書提出義務の存否を判断する際の一要素として比較衡量を行うもの（要件単一型）

この類型に入る判例は、民訴法三一二条所定の文書性を判断する際、その判断のための一要素として秘密保護の必要性和文書提出の必要性和を比較衡量しようとするものである。どのような思考過程を経たのか文言上十分明確ではないので疑問は残るが、この類型に入る判例として次の決定を挙げることができよう。

⑥ 東京高裁昭和五〇年八月七日決定・判例時報七九六号五八頁

本件は、自衛隊の航空事故による国家賠償請求訴訟において、右事故に関する航空事故調査報告書の提出命令が申し立てられたところ、原決定が申立てを認容したので、国がこれに対し抗告したものである。国が事故調査に協力した関係者の真実の供述を得るためには航空事故調査報告書の公表の当否については関係庁の長が判定すべきものであるなどと主張したのに対し、抗告裁判所は次のとおり決定した。

「その提出によって侵害される虞のある個人や企業等の秘密、公共の利益を保護する必要があるから、その保護の必要性が立証のための当該文書提出の必要性を上回る場合には、右法律関係に関係ある事項を記載した文書でも提出命令の対象とならないものと解するのが相当である。……本件文書が本件事故の真相の解明に役立つ唯一の文書であり、その本訴訟における開陳が公共の利益を害する虞のないことは本件記録に徴して認めることができるから、本件文書が本規定の文書に該当することは明白であって、抗告人はこれを提出する義務を負担する。」

(二) 「秘密」の意義

文書提出命令に関して民訴法二七二条等の守秘密義務規定上の「秘密」の意義について論じたものは少ないが、以下のものを挙げるができるであろう。

⑦東京高裁昭和四四年一〇月一五日決定・判例時報五七三号二四頁

「民事訴訟法第二七二条にいう職務上の秘密とは、公表することによって国家利益または公共の福祉に重大な損失、重大な不利益をおよぼすような秘密をいうと解する」

⑧高松高裁昭和五〇年七月一七日決定・判例時報七八六号三頁も、右と同旨の判断を示している。

(三) 「秘密」の立証の程度

国家等の秘密を保護すべき場合は文書提出義務を負わないことがあるとして、次の問題は、文書所持者が秘密につきどの程度の立証に成功した場合に文書提出義務を負わないのかということである。証言拒絶について、民訴法二八二条は、証言拒絶理由の疎明を要求しているが、文書提出義務についてもこれと同様に解してよいのかが問題とな

る。秘密の立証の程度についての決定として、次のものがある。

⑨東京高裁昭和五七年三月一九日決定・判例時報一〇四七号八六頁

本件は、航空自衛隊機の航空事故に基づく国家賠償請求事件において、原告が航空自衛隊部内の航空事故調査委員会が作成した航空事故調査報告書の提出命令を申し立てたところ、原決定がこれを認容したので、国が抗告したものである。抗告裁判所は次のとおり決定した。

「本件文書の記載内容中に防衛上の秘密その他の重大な国家的利益に関係がある事項の記載を含み得ることは当然であり、もし本件文書にそのような記載が存在するならば、抗告人がその旨を具体的に主張し疎明することによって、その部分についての提出義務を免れることができる」と解すべきことは、民訴法二七二条、国家公務員法一〇〇条の各規定の趣旨に照らして当然というべきである」

### 3 学説の状況

守秘義務と文書提出義務との関係について研究した論文等は少ない。これまでに発表された論文等を整理すると、守秘義務と文書提出義務との調整方法については、民訴法二七二条等の守秘義務規定の類推適用によるものと、いろいろな利益を比較衡量するものとに大別できよう。

#### (一) 守秘義務規定（民訴法二七二条等）の類推適用によるもの<sup>(4)</sup>（類推適用型）

この立場は、文書提出義務が裁判所の審理に協力すべき公法上の義務であるという点で証人義務と同一の性格を有するものであるとして、守秘義務に関する証人尋問の規定（民訴法二七二条等）を類推適用するものである。しかし、

どの規定をどの範囲で類推適用するのかについては、十分明確にしていらないように思われる。

(二) いろいろな利益を比較衡量するもの<sup>(5)</sup>（比較衡量型）

この立場は、当該文書をめぐるいろいろな利益を比較衡量することによって、文書提出義務の判断を行おうとするものである。利益衡量の際考慮すべきファクターとして、立証事項の重要性、代わりの立証方法の有無、文書の性質、所持者が当事者か第三者か、プライバシーの保護、提出命令申立ての動機（濫用の可能性）、公共の利益などを挙げる<sup>(6)</sup>。

4 私見

以上のとおり、文書提出命令において文書所持者の秘密保持の利益をいかに保護するかについては、未だ十分議論されているとはいえない。私自身も十分検討しているとはいえないが、現在考えていることを述べてみよう。

(一) 守秘義務と文書提出義務との関係について

(1) 守秘義務規定（民訴法二七二条等）の類推適用（類推適用型）について

この立場には、前述のとおり二つの考え方ががあるが、その共通するところは、文書提出義務は証人義務と同じく裁判所に対する公法上の義務であるから、証人尋問に関する民訴法二七二条等を類推適用することができるのであると主張する点である。

確かに文書提出義務が裁判所の審理に協力すべき公法上の義務であるという点で証人義務と同一の性格を有するとしても、直ちに文書提出義務が証人義務と全く同一の性格を有するとはいえないのである<sup>(7)</sup>。すなわち、証人義務が裁

判所に対する一般的義務であるのに対し、文書提出義務は民訴法三一二条各号に該当する場合のみ提出義務を負うという限定的義務であるからである。条文のたて方も、証人義務については守秘義務規定（民訴法二七二条等）をいうのに対し、文書提出義務についてはそのような規定をおかない形になっている。証人義務が一般的義務であるとして国民に広く証言義務等を課していることにかんがみ、これによって被る秘密の公表という不利益を防止するため各種の秘密保護規定をおいたものと考えられるのに対し、文書提出義務については、文書所持者等の秘密を侵害するおそれのない文書についてのみ文書提出義務を認めたので、証人尋問におけるような秘密保護規定をおく必要がなかったと考えられる。このような考え方が正しいとすれば、文書提出義務が裁判所の審理に協力すべき公法上の義務であるということのみを根拠にして民訴法二七二条等の証人尋問の規定を文書提出命令の場合に類推適用するのは、論理の飛躍があるといわざるを得ない。

次に、類推適用型には類推適用すべき規定の範囲について大きな問題点がある。例えば、民訴法二七二条を類推適用するとしても、同条をすべてにわたって類推適用するのであろうか。同条は、文言をみればわかるとおり、公務員を証人として職務上の秘密に属する事項について尋問するのには、その監督官庁の承認を得なければならないとする規定である。もう少し具体的にいえば、裁判所が公務員の証人尋問の申出を採用する前に尋問事項が公務員の職務上の秘密に属すると判断するときは、事前に当該公務員の監督官庁の承認を得た上で証人尋問を行わなければならないし、また、かかる監督官庁の事前承認を得ずに公務員の証人尋問を行ったとしても、証人が証言途中で尋問事項が職務上の秘密に属する旨を申し立てて、それを疎明（民訴法二八二条）したときは、やはり裁判所は、民訴法二七二条の

監督官庁の承認を得なければならないのである（民訴法二八一条一項一号）。そして、証言を拒絶した事項が職務上の秘密に属するかどうかの實質的終局的判断権は、当該監督官庁にあるとされているのである。<sup>(8)</sup>そこで、民訴法二七二条等の守秘義務規定を類推適用とした場合、特段の事情がない限り右諸規定を全般的に類推適用すべきであるから、文書提出義務についても、文書所持者が文書提出命令の申立てに係る文書が職務上の秘密に属する事項をその内容とすると考える場合は、その旨を申し立てて疎明すれば、裁判所は、当該文書提出につき監督官庁の承認を得なければならぬこととなろう。そして、文書の内容が職務上の秘密に属するか否かについての實質的終局的判断権は前述のとおり監督官庁にあるとされているので、結局は、行政庁の判断によって容易に文書提出義務を免れることができることとなる。類推適用型が文書提出義務を拡大する意図の下に提唱されていることからすると、類推適用型は、その意図したところとは逆に文書提出義務をさらに制限するという結論を導くこととなってしまふ。このような結論をさけようとするれば、民訴法二七二条等の一部についてのみ類推適用し、文書提出義務を制限する結果となるような部分については類推適用しないという解釈をするほかないが、そうすれば、今度は、何ゆえ一部のみの類推適用ができるのか、また、その区別の基準をどこに求めるのかという点について、困難な問題にぶつかることとなる。

結局、類推適用型は、類推適用の根拠、範囲を明確にしない限り、文書所持者等の秘密についても十分配慮すべきであることをいっているにすぎないこととなるのではなからうか。そうなれば、類推適用型は、前述の比較衡量型とほとんど差異がないこととなってしまふのである。

## (2) 比較衡量型について

比較衡量型の中にも、前述のとおり、民訴法三一二条各号の文書性の判断とは別に比較衡量を行うという二元的構成をとるもの（要件並列型）と、同条所定の文書性の判断の一要素として比較衡量を行うという一元的構成をとるもの（要件単一型）とがある。

#### ア 二元的構成（要件並列型）について

民訴法三一二条という要件のほかに別個の要件として比較衡量を行う場合、比較衡量という別個の要件を定めた実定法上の根拠が問題となる。けだし、文書提出義務の存否という、訴訟の勝敗に大きな影響を与える問題については、なるべく実定法上の根拠に基づいて判断していくのが、し意的判断を防止するという意味で重要であると考えられるからである。しかし、民訴法三一二条とは別個に比較衡量を行うことを許す実定法上の根拠はないと思われる。結局、二元的構成は、解釈論としては若干無理があると考えられる。

#### イ 一元的構成（要件単一型）について

二元的構成とは異なり、民訴法三一二条の解釈の中で比較衡量を行う一元的構成（要件単一型）は、二元的構成のごとき難点がなく、解釈論として最も無難であると思われる。この一元的構成によれば、民訴法三一二条各号の文書性（引用文書、権利文書、利益文書及び法律関係文書）の解釈を通じて、いろいろな利益の利益衡量が行われることとなる。その際、利益衡量のファクターとなるのは、挙証者が当該文書提出によって受ける実体的利益と文書所持者の秘密保持の利益である。裁判所は、当事者間の衡平・真実発見の理想という観点から、これらの利益を比較衡量して文書提出義務の存否について判断していくこととなる。代わりの立証方法の有無等の訴訟法的考慮も文書提出義務

の存否について判断する際のファクターとなるとする立場もあるが、それらは、文書提出義務の存否の判断とは別個の判断である証拠の必要性（民訴法二五九条）の判断の要素となると考えるべきである<sup>(12)</sup>。

試みに民訴法三一二条三号の文書について、一元的構成に基づく比較衡量による解釈を行ってみよう。

（エ） 利益文書（民訴法三一二条三号前段）について

利益文書とは、後日の証拠のために証拠者の法的地位や権限を証明し、又は証拠者の権利義務を発生させる目的で作成された文書をいい、それは証拠者の利益のためにのみ作成されたものである必要はなく、証拠者と所持者など他人との共同の利益のために作成されたものであってもさしつかえないとするのが通説である<sup>(13)</sup>。そして、利益の概念について、実務では、直接の利益に限り、文書作成の時点ですでに利益についての主体が特定されていることを要するとする立場が多数である<sup>(14)</sup>。

これに対し、当該文書は必ずしも直接証拠者のために役立てることを意図して作成されたものである必要はないのであって、客観的に、証拠者の法的地位、権利、権限などを明らかにすることに役立つものであれば足りるとする立場もある<sup>(15)</sup>。いわば、前者が文書作成の動機、目的を重視するという点で主観説ということができ、これに対し、後者は文書の内容を客観的に判断して利益文書性を判断するという点で客観説ということができよう。

思うに、証拠者のための利益文書であれば、証拠者自らが秘密保持の利益を放棄して、その文書の提出・公開を求めているのであるから、この申立てを認めても他者の利益を侵害するおそれが少ないということから、民訴法三一二条三号前段が規定されていると考えられる。この観点からみれば、文書作成の時点で文書作成の動機、目的が証拠者



の利益のために作成するということであれば、当該文書の内容も挙証者の利害に係るものが中心となり、それを公表することによって挙証者以外の者の秘密を侵害するおそれは少ないであろう。しかし、それは、当該文書を公開することによって挙証者以外の者の秘密を侵害する危険が少ないであろうということであって、文書作成の動機、目的が絶対的な基準となるものではない。例えば三号前段の利益文書としてあげられる挙証者を受遺者とする遺言書であっても、挙証者以外の相続人の名誉を侵害するような内容の遺言書もある。結局、当該文書の客観的内容について、真実発見・当事者の衡平という観点から挙証者及び所持者の利益を比較衡量し、当該文書の内容について挙証者が密接な実体的利害関係を有し、その実体的利益の保護の必要性が所持者の秘密保持の必要性を上回ると認められる場合に、三号前段の文書提出義務が認められると考えられる。その面で、いわゆる客観説は正しい指摘をしているといえよう。他方、いわゆる主観説は、利益文書といえる蓋然性の高い場合を要件として主張しているものといえよう。

(イ) 法律関係文書（民訴法三二二条三号後段）について

通説<sup>(16)</sup>によれば、法律関係文書とは、法律関係それ自体を記載した文書ばかりでなく、その法律関係に係る事項又は構成要件の一部を記載した文書をいい、所持者が内部的に自己使用のために作成した文書はこれにあたらぬ。法律関係文書の例として、契約書、通帳、契約解除通知書、判取帳、印鑑証明書等が挙げられている。

思うに、挙証者と所持者の法律関係につき作成された文書であれば、挙証者以外の者の秘密を侵害するおそれが少ないと考えられるので、かかる法律関係につき作成された文書に限って所持者に提出義務を認めることとしたものと考えられる。すなわち、契約書を例にとれば、所持者は、挙証者との合意事項を所持者、挙証者双方立会の下で記載

したという点で、既に自己に関する情報を挙証者に開示しているのであるから、その点で既に秘密保持の利益を放棄したものと解されるし、また、係争中の法律関係に関係ある事項を記載した文書を自ら所持しながら、当該法律関係に関係する一方の者からの提出要求に対して、他方の関係者である所持者がそれを拒否するのは、衡平の原則・信義則に反するからである。

このように考えていくと、当該文書の内容について挙証者が密接な利害関係を有し、いわば挙証者が当該文書の内容につき持分権を有しているという点では、利益文書も法律関係文書も同じ面を持つこととなる。両者は、異なる観点から、当該文書の内容についての挙証者の密接な利害関係を表現したものにはかならないと思われる。<sup>(17)</sup> してみれば、利益文書か法律関係文書かは、さしたる問題ではなくして、民訴法三一二条三号に該当するか否かが重要となる<sup>(18)</sup>。医療過誤訴訟において、原告が被告（医師）の所持する診療録の提出命令を申し立てた場合は、診療録が利益文書、法律関係文書双方に該当すると考えられるから、端的に民訴法三一二条三号に該当するとすれば足りることとなる。<sup>(19)</sup>

結局、法律関係文書についても、裁判所は、真実発見・当事者の衡平という観点から、当該文書の内容について挙証者の実体的利益と所持者の秘密保持の利益とを比較衡量して、文書提出義務の存否について判断していくこととなる。

## （二）「秘密」の意義について

秘密とは、一般的に了解されていない事実であって、それを了解せしめることが一定の利益の侵害になると客観的

に考えられるものであるとされる。そして、いかなる事実が秘密に該当するかということは、個々の事実について、一定の利益、すなわち、保護されるべき公的又は個人的利益の社会的価値を判断してきめるほかはないといわれる。<sup>(20)</sup>

文書提出命令との関係で問題となってくるのは、民訴法二八一条一項である。しかし、民訴法二八一条等を類推適用することなく、民訴法三一二条の解釈の中で比較衡量するという立場においては、秘密の定義自体は、さしたる重要性を持たない。そこでは、当該文書の内容についての挙証者と所持者のそれぞれの利益の大小が問題となるからである。換言すれば、当該文書の公表によって所持者が被る損害の具体的な内容が重要なのである。<sup>(21)</sup>

### (三) 「秘密」の立証の程度について

文書所持者が秘密についての程度の立証をすれば文書提出義務を免れることができるのか、ということについては、今まで研究がほとんどなされていない。しかし、文書提出義務の拡大によって文書所持者の秘密保持の利益を侵害する危険性が高まるにつれて、所持者が守秘義務を理由として文書提出義務の存在を争うことが増加すると予想されるのであるから、所持者が秘密につきどの程度の立証をすれば文書提出義務を負わずにすむのかということは、解決をせまられる重大問題となつてこよう。私自身、十分に検討していないが、問題点を指摘してみたい。

文書提出義務の存在については、挙証者に立証責任があるとされる。<sup>(22)</sup>しかし、当該文書につき守秘義務があるか否かについては、当該文書を所持して、その内容を了知している所持者にその立証責任を負わすのが衡平であろう。したがって、文書提出義務の一種の障害事由として、秘密についての立証責任は、所持者に負わすのが妥当であると思われる。そして、その立証の程度は、民訴法二八二条（証言拒絶理由の疎明）と同じく、疎明で足りると解すべきで

あろうか。文書提出義務についての立証の程度との関係で疑問が残る。<sup>(23)</sup> 今後の研究課題としたい。

- (1) 文書提出命令における秘匿特権については、小林秀之「証言拒絶権・秘匿特権」民商法雑誌九〇巻四号五八頁以下を参照。この小林助教授の研究は、文書提出命令における秘密保護についての最初の本格的研究であると思われる。類推適用を認めるものとして、野村秀敏・前掲新・実務民事訴訟講座二一七七頁等がある。
- (2) 名古屋地裁決定は、名古屋高決昭和五二年二月三日判例時報八五四号六八頁によって取り消された。名古屋高決は、隠ぺい部分のある文書を引用した以上、被告は秘密保持の利益を放棄したものとみなされたとした。これに対し、右田堯雄「判批」判例タイムズ三六七号一九七頁以下は、守秘による保護利益は申告者たる納税者個人に存するのであるから、被告がこれを放棄することはできないとして、反対している。
- (3) ⑥の決定は、秘密保護の必要性が立証のための当該文書提出の必要性を上回る場合には、法律関係に関係ある事項を記載した文書でも提出命令の対象とならない旨述べるので、要件並列型であると考えられるが、一応、要件単一型であるとした。
- (4) 竹下Ⅱ野村・前掲判例評論二〇六号一二頁、野村秀敏・前掲新・実務民事訴訟講座二一七七頁、右田堯雄・前掲判例タイムズ三六七号一九八頁。
- (5) 池田浩一「判批」判例評論一六二号二八頁、小島武司「判批」判例評論一三四号一四頁以下。小島教授は、同時に民訴法二七二条の類推適用も肯定される。
- (6) 小島武司・前掲判例評論一三四号一四頁。
- (7) 小林秀之・前掲民商法雑誌九〇巻四号九五頁。
- (8) 斎藤秀夫編著・注解民事訴訟法(5)一四頁以下、三九頁以下。
- (9) 井口牧郎「公務員の証言拒絶と国公法一〇〇条」実務民事訴訟講座一三〇六頁以下、斎藤秀夫編著・前掲注解民事訴訟法(5)四一頁。ただし、菊井維大Ⅱ村松俊夫・民事訴訟法Ⅱ二八七頁は、ある事項が職務上の秘密に属するかどうかの判断は終

局的には裁判所がきめるとする。

- (10) 小林秀之・前掲民商法雑誌九〇巻四号五九頁参照。
- (11) 小島武司・前掲判例評論一三四号一四頁。
- (12) 竹下Ⅱ野村・前掲判例評論二〇六号一〇頁。
- (13) 斎藤秀夫編著・前掲注解民事訴訟法(5)二〇〇頁以下。
- (14) 渡部Ⅱ園部・前掲行政事件訴訟法体系三八二頁、松山恒昭「賃金台帳と文書提出命令の許可(上)」判例タイムズ四三七号四九頁以下。
- (15) 上村明広「判批」判例評論二二三号四四頁以下。
- (16) 菊井Ⅱ村松・前掲民事訴訟法Ⅱ三七九頁、斎藤秀夫編著・前掲注解民事訴訟法(5)二〇一頁以下。
- (17) 本間義信・前掲吉川追悼論集・手続法の理論と実践下巻二二七頁。
- (18) 野村秀敏・前掲新・実務民事訴訟講座2一七六頁。
- (19) 遠藤賢治「判批」医事判例百選九四頁以下は、診療録が医師ないし患者にとって利益な証拠資料となるのは結果的な利用方法にすぎないのであるから、診療録を利益文書と解することは困難であるとする。これに対し診療録を利益文書とするのは、中川善之助Ⅱ兼子一監修・実務法律大系5二五六頁である。大竹たかし「提訴前の証拠保全実施上の諸問題」判例タイムズ三六一号七九頁以下は、診療録は利益文書にも法律関係文書にも該当するとする(中川Ⅱ兼子・前掲二五六頁以下も同旨である)。
- (20) 鹿兒島重治・逐条地方公務員法(第二次改訂版)五二七頁。
- (21) 柏木邦良「企業秘密と証言拒絶」新・実務民事訴訟講座2一三八頁。
- (22) 斎藤秀夫編著・前掲注解民事訴訟法(5)二一七頁。
- (23) 文書提出義務の存在については、証明を要すると考えられているようである(斎藤前掲(注22)二二七頁、西村宏一「文書提出命令の申立における文書所持の立証」民事法の諸問題第一巻二四五頁)。そうであれば、秘密の立証が疎明で足りる

こととの間に不均衡が生じるように思われる。小林秀之・前掲民商法雑誌九〇巻四号八六頁は秘匿特権について疎明で足りるとする。

### 三 提出文書の証拠調べ

#### 1 はじめに

民訴法三一二条は、真実発見・証拠偏在の是正という要請と所持者の秘密保持の利益を保護するという要請との微妙なバランスの上に立って、一定の文書に限って所持者に提出義務を認めたものである。従来、判例、学説は、主として文書提出義務の解釈を通じて二つの要請のバランスをはかってきたものと考えられる。しかし、私は、文書提出義務の解釈によって両者のバランスをはかることには限界があると考ええる。つまり、それに加えて、提出された文書の証拠調べを工夫することによって、両者のバランスをほどよく保つことができると考えるわけである。

#### 2 高松高裁昭和五九年四月四日決定・訟務月報三〇巻九号一六八一頁

最近、提出文書の証拠調べを工夫することによって両者のバランスをはかろうとした注目すべき決定がだされた。簡単に紹介してみよう。

《事案の概要》 徳島刑務所で受刑中のX（原告、相手方）がY（被告、抗告人）に対し雑誌「アクションカメラ」昭和五七年九月号（以下「本件雑誌」という。）につき私本購入願いをしたところ、Yは、同年八月九日、露骨なセックス写真記事等であって閲読不相当であるとして、本件雑誌のうち「セクシー・ロード134」と題する部分の一部である

一枚のほか五枚（合計一一頁。以下「本件文書」という。）を削除した上、購入閲読を許可した。これに対し、Xは、右削除処分（以下「本件削除処分」という。）は受刑者の「図書閲読の自由」を侵害した違法なものであるとして、その取消しを求める訴えを提起した。

Xは、立証の必要があるとして、Yの所持する文書の提出命令を申し立てた（甲、乙及び丙の各申立て）。このうち乙申立てが本件文書の提出を求めるものである。

原裁判所は、これらの申立てを一括審理して、甲及び丙の各申立てを却下したものの、乙申立てについては、民訴法三一二条一号のいわゆる引用文書に該当するとして、その提出を命ずる決定をした。

そこで、Yは、次の理由で即時抗告をした。

徳島刑務所においては、在監者から訴訟関係書類の房内所持の願い出がなされれば、これを許可して常時の房内所持を認めているのであるから、もし本件文書提出命令が確定すれば、Xは、Yが裁判所に提出した本件文書を閲覧し、あるいは所定の手続を経由して本件文書の謄本又は写しの交付を受けて、房内において自由にこれを閲読できることとなる。このことは、行政処分として公定力を有する本件削除処分を単なる証拠決定にすぎない文書提出命令によって取り消すのと同じ法的効果が生じることになる。このようなことは、行政事件訴訟の本質に反し、本件文書提出命令は、民事訴訟に関する法規は行政事件訴訟の本質に反しない限りにおいてのみ準用されることを認めた行政事件訴訟法七条の趣旨に照らして許されない。

《決定の要旨》「提出命令により本件文書が提出された場合に、相手方においてこれを謄写し写を所持することが

是認されるとすれば、相手方は、本件文書の内容を閲読できることになるから、提出命令によって、実質上、右の効力（本件削除処分効力―筆者注）が失われたのとはば同じ結果を生ずるといわざるをえない。しかし、民事訴訟法及び民事訴訟規則の書証に関する規定に徴すると、提出命令に基づき提出された文書の証拠調べの方法としては、裁判所が当該文書を口頭弁論において提示し、拳証者においてその全部又は一部を書証として援用することで足り、その写を作成して訴訟記録に編綴することは必要不可欠でなく、提出文書そのものは裁判所が留置しておけばよいと考えられ（実務上は通常、拳証者が提出文書を謄写したうえ写と共に書証として提出する方法が行われ、拳証者自身も写を自己の所有物として所持することが是認されているけれども、これは任意の慣行であって、法律上はそうしななければならないわけではない）、また、右のように留置した文書は、謄写請求等の対象となる民事訴訟法一五一条三項の訴訟記録には含まれないと解せられるので、かかる見地に立つて本件文書の証拠調べをすれば（行政処分効力との関係が問題となることに鑑みそのようにするのが妥当である）、相手方が本件文書の写を入手しこれを自由に閲覽できるという事態にはならないから、本件文書の提出命令によって本件削除処分が実質的に取り消されるのと同じ結果を招くわけではないというべきである。」

### 3 問題点の所在

本決定は、抗告人が文書提出命令によって本件文書を提出すれば、相手方は閲読を禁止された本件文書を自由に閲読できることとなり、実質的にみて本件削除処分は本案判決を待たずに取り消されたことになってしまうと抗告人が主張したのに対し、提出文書の証拠調べを工夫することによって抗告人の主張するようなおそれはないとしたも



のである。

文書提出命令の大きな問題点は、真実発見・証拠偏在の是正という要請と文書所持者等の秘密を保護するという要請とをいかに調整するかということであるから、調整のための手段が多ければ多いほど適切な調整ができることとなる。そこで、文書提出義務の解釈を通じての調整のほかに、文書所持者等の秘密を侵害しないように提出文書の証拠調べを工夫することによって右二つの要請をうまく調整することができないかが、検討課題となってくるのである。

#### 4 文書提出命令の二段階構成

文書提出命令の申立ては、書証の申出の一種であり（民訴法三二一条）、したがって、文書提出命令は、証拠採用決定の性格を有すると考えられる。すなわち、文書提出命令には、当該文書が民訴法三二一条所定の文書性を有するという判断（提出義務の判断）<sup>(1)</sup>と、当該文書が本案訴訟の事実認定にとって必要な証拠であるという判断（必要性の判断）が含まれているのである。これらの正確な判断は、提出命令を申し立てられた文書の内容が明確になっている提出命令の段階で、はたして可能であろうか。提出命令の段階では、一応、提出義務や必要性があると判断したにすぎないのではないのか。これが、私の素朴な疑問なのである。この疑問が正しいとすれば、裁判所は、文書提出命令によって提出された文書の内容を具体的に検討した結果、文書提出命令の要件を欠くとして、先になした文書提出命令を取り消すことも可能であるはずである。このように文書提出命令を提出命令時と提出時との二段階に分けて考察することが許されるならば、文書所持者の秘密保持の利益に対してきめ細かい配慮をすることが可能となろう。

すなわち、このような考え方によれば、文書提出命令は、その内容を具体的に検討するために、とりあえず裁判所

と当事者に公開することを命じるものであるから、裁判所は、文書提出命令時においては、裁判所及び拳証者に対して当該文書を公開した場合、所持者の秘密保持の利益を侵害する危険性があるか否かについて判断すれば足りることになる。その後、文書提出命令によって文書が提出された段階において、裁判所は、その内容を具体的に検討した上、文書提出命令を維持するのか、維持するとして当事者以外の者に対して一般公開してよいのか否かの判断をすることとなる。その結果、裁判所は、先になした文書提出命令を取り消すこともありうるし、維持するとしても当事者以外の者に一般公開するのが不相当であると判断すれば、前記高松高裁決定のごとき取扱いによって一般公開を禁止すればよいことになる。

このように当事者公開、一般公開という二段階構成をとることによって、文書所持者の秘密保持の利益に対して、きめ細かい配慮をすることが可能となるであろう。

## 5 提出文書の証拠調べの工夫

文書所持者の秘密保持の利益を保護するために提出文書の証拠調べを工夫する方法として、二つの方法がある。一つは、文書所持者等の秘密を侵害するおそれのある部分を除いた文書を提出させるという、提出範囲の制限であり、もう一つは、提出文書の閲読者の制限である。

前者の提出範囲の制限は、現行法においても、書証の原本のみならず、その抄本の提出も認められているのであるから、可能な方法といつてよい。

後者の閲読者制限であるが、提出文書を裁判官のみが閲読するという取扱い<sup>(2)</sup>が所持者等の秘密を保護するという点

では最も理想的であるが、日本のごとく書証の写しを作成して相手方に交付するという取扱いをしているところでは、挙証者に提出文書を読読させないで裁判官のみに読読させるといふ取扱いは解釈論として無理であろう。したがって、読読者制限として考えられるのは、読読を当事者に限るといふ方法である。このようにすることによって、秘密の公開を一定の範囲に制限できるであろう。<sup>(3)</sup>この方法として現行法上可能なものは、前記高松高裁決定が指摘するごとく、提出文書を口頭弁論において提示し、挙証者にそれを書証として援用するかどうかを判断させるためにのみ読読させ、提出文書そのものは裁判所に留置しておくといふ取扱いである。<sup>(4)</sup>このように留置された文書は、閲覧、謄写請求等の対象となる民訴法一五一条の訴訟記録に含まれないと考えられるので、提出文書が当事者以外の人々に公開されるおそれはないわけである。<sup>(5)</sup>

以上のとおり工夫することにより、所持者が危惧する秘密の公開を最小限におさえることができるであろう。

#### 四 結 語

以上のとおり、文書提出命令時、文書提出時及び文書取調べ時のそれぞれの段階において、当事者間の利益較量による文書提出義務の認定、文書提出命令の再考及び提出文書の証拠調べの工夫といった配慮をすることによって、真実発見・証拠偏在の是正の要請と秘密保持の要請を適切に調和させることができると考える。

(1) 紺谷浩司「判批」判例評論二四六号四〇頁以下。

(2) 竹下Ⅱ野村・前掲判例評論二〇六号三頁によれば、アメリカにおいては、当該文書を裁判所に提出させ、裁判所はその内

容を相手方に見せず判事室で調査した上、開示させるかどうかを最終的に定める方法がとられているようである。

- (3) 柏木邦良・前掲新・実務民事訴訟講座2一四〇頁以下は、秘密公開と証言拒絶の折衷のための審理方法について検討した結果、証言拒絶を認めるか認めないかの二者択一的対立を緩和する方法は解釈論としては無理であるとする。そして、柏木弁護士は、審理を非公開にしても、当事者双方とその代理人が出廷している以上、多くの場合、ほとんど秘密保持は図りえないとする。しかし、挙証者が提出文書を法廷で閲読することは許すが、その写しを挙証者が所持することは認めないという取扱いをすれば、所持者等の秘密が挙証者の記憶にしか残らず、その記憶は提出文書の写しの所持と比べて正確性という点で著しく劣るものであるから、所持者等の秘密が一般に公開される危険性は減少するといつてよいのではなからうか。確かに挙証者は、提出文書の写しを所持していないと、提出文書の証拠価値を十分に検討できないという不利益を被るが、その不利益は、所持者の秘密保持の利益を保護する関係上、やむをえないというべきである。

- (4) 写しの提出が書証申出の有効要件でないことについては、斎藤秀夫編著・前掲注解民事訴訟法(5)一八二頁以下参照。

- (5) 斎藤秀夫編著・注解民事訴訟法(2)四三一頁。